Early Journal Content on JSTOR, Free to Anyone in the World

This article is one of nearly 500,000 scholarly works digitized and made freely available to everyone in the world by JSTOR.

Known as the Early Journal Content, this set of works include research articles, news, letters, and other writings published in more than 200 of the oldest leading academic journals. The works date from the mid-seventeenth to the early twentieth centuries.

We encourage people to read and share the Early Journal Content openly and to tell others that this resource exists. People may post this content online or redistribute in any way for non-commercial purposes.

Read more about Early Journal Content at http://about.jstor.org/participate-jstor/individuals/early-journal-content.

JSTOR is a digital library of academic journals, books, and primary source objects. JSTOR helps people discover, use, and build upon a wide range of content through a powerful research and teaching platform, and preserves this content for future generations. JSTOR is part of ITHAKA, a not-for-profit organization that also includes Ithaka S+R and Portico. For more information about JSTOR, please contact support@jstor.org.

factischen Gebrauch ohne allen vermögensrechtlichen Nutzen gewährt, wie z. B. ein Schmuck, dann kann für den Gebrauch der Zwischenzeit ein Ersatz nicht gefordert werden.

XVIII.

Zur Lehre von dem Anwachsungsrecht bei dem Nießbrauch.

Von Herrn Dr. **Gustav Adolf Schlayer**,
Privatdocenten in Heidelberg.

Zu den viel und vielfach erklärten Aussprüchen Papinian's, die den Auslegern von jeher Schwierigkeit gemacht haben, gehört

l. 3. §. 2. Dig. quibus modis ususfructus (VII, 4),

worin Ulpianus libro 17 ad Sabinum eine Entscheidung Papinian's über das Anwachsungsrecht bei einem relegirten Nießbrauch oder, was das Gleiche ist, bei der sog. repetitio ususfructus anführt. Nachdem nämlich im Principium der Stelle gesagt ist, daß unter einem repetitus ususfructus ein für den Fall des Verlusts durch capitis deminutio wiederholt vermachter Nießbrauch zu verstehen sei, wird im §. 1 die Frage aufgeworfen, ob im Fall eines solchen Relegats hinsichtlich des Anwachsungsrechts unter den Nießbrauchern Nichts geändert werde. Diese Frage, berichtet Ulpian, habe Papinian mit dem Bemerken bejaht, daß das jus accrescendi hier nicht minder zutreffe, wie wenn dem mit dem Relegat Bedachten anstatt dessen ein Dritter in Absicht auf den ihm kraft des ersten

---

commodirten bezüglich den als Dos gegebenen Sclaven gelieferten Alimente nicht zurückfordern, quia ipse ministeriis eorum utitur, nam cibariorum impensa naturali scilicet ratione ad eum pertinent, qui utendum accepisset. (l. 28. §. 1. de don. i. v. et u. 24. 1. l. 18. §. 2. commod. 13. 6.)

Vermächtnisses hinterlassenen Nießbrauch substituirt wäre: es finde nämlich auch im Fall des Relegats, wie in dem so eben vorausgesetzten der Substitution, eine re conjunctio zwischen den verschiedenen Bedachten, d. i. den Nießbrauchscollegataren und dem Substituten, beziehungsweise dem Relegatar statt: sie seien fortwährend als in solidum zum ususfructus berufen anzusehen, wenn gleich allerdings die (für das Anwachsungsrecht antiquo jure jedenfalls unerhebliche bloße) verbis conjunctio dadurch weggefallen sei, daß die Worte des Relegats sich nur auf einen der beiden ursprünglichen Usufructuare beziehen. Vgl. §. 1 cit.:

Haec autem repetitio, quae fit post amissum capitis minutione usumfructum, quaeritur, an et jus accrescendi secum salvum habeat? utputa Titio et Maevio ususfructus legatus est, et si Titius capite minutus esset, eidem usumfructum legavit: quaesitum est, si Titius ex repetitione usumfructum haberet, an inter eos jus accrescendi salvum esset? Et Papinianus libro septimo decimo Quaestionum scribit: perinde ac si alius esset Titio in usufructu substitutus: hos enim, tametsi non verbis, re tamen conjunctos videri.

Nun folgt die Hauptstelle:

§. 2. Idem Papinianus quaerit, si Titio et Maevio usufructu legato in repetitione ususfructus non totum, sed partem Titio relegasset, an viderentur conjuncti? Et ait, si quidem Titius amiserit, totum socio accrescere, quodsi Maevius amisisset, non totum accrescere, sed partem ad eum, partem ad proprietatem redire. Quae sententia habet rationem: neque enim potest dici, eo momento, quo quis amittit usumfructum et resumit, etiam ipsi quidquam ex usufructu accrescere: placet enim nobis, ei, qui amittit usumfructum, ex eo, quod amittit, nihil accrescere.

Der Schlüssel zur richtigen Erklärung der Stelle liegt offenbar im Schlußsatz. Mit diesem müssen wir aber sogleich in Verbindung setzen Vaticana fragmenta. §§. 75, 76:

§. 75. — — — Denique apud Julianum libro 35

Digestorum quaeritur: si communi servo ususfructus sit relictus, et utrique ex dominis adquisitus sit, an altero repudiante vel amittente usumfructum alter totum habeat? Et Julianus quidem putat ad alterum pertinere: et licet dominis ususfructus non aequis partibus, sed pro dominicis adquiratur, tamen persona ejus, non dominorum, inspecta ad alterum ex dominis pertinere, non proprietati accedere.[1]) Idem ait, et si communi servo et separatim Titio ususfructus legatus sit, amissam partem ususfructus non ad Titium, sed ad solum socium pertinere debere, quasi solum conjunctum. Quam sententiam neque Marcellus neque Mauricianus probat: Papinianus quoque libro 17 Semestrium ab ea recedit: quae sententia Neratii fuit e libro primo responsorum relata. Sed puto esse veram Juliani sententiam: nam quamdiu vel unus utitur, potest dici usumfructum in suo esse statu. Pomponius autem libro septimo ex Plautio relata Juliani sententia quosdam esse in diversam opinionem ait: nec enim magis socio debere adcrescere, quam debere ei, qui fundi habens usumfructum partem ususfructus proprietario cessit vel non utendo amisit. Ego autem Juliani sententiam non ratione adcrescendi probandam puto, sed eo, quod, quamdiu servus est, cujus persona in legato spectatur, non debet perire portio. Urgetur tamen Juliani sententia argumentis Pomponii: quamquam Sabinus responderit, ut et Celsus libro 19 Dig. refert, eum, qui partem

1) Faſt gleichlautend hiemit iſt l. 1. §. 1 Dig. de usufr. accr. (VII, 2) Ulpianus libro 17 ad Sabinum. — Das Folgende haben die Compilatoren ſo abgekürzt: §. 2 eod. „Idem ait, et si communi servo et separatim Titio ususfructus legatus sit, amissum ab altero ex sociis usumfructum non ad Titium, sed ad solum socium pertinere debere, quasi solum conjunctum; quae sententia vera est: nam quamdiu vel unus utitur, potest dici, usumfructum in suo statu esse. Idem est, si duobus conjunctim et alteri separatim ususfructus esset relictus.

ususfructus in jure cessit, et amittere partem et ipso momento recipere: quam sententiam ipse ut stolidam reprehendit: etenim esse incogitabile, eandem esse causam cuique et amittendi et recipiendi.

§. 76. Julianus scribit, si servo communi et Titio ususfructus legetur, et unus ex dominis amiserit usumfructum, non adcrescere Titio, sed soli socio: quemadmodum fieret, si duobus conjunctim et alteri separatim esset relictus. Sed qui diversam sententiam probant, quid dicerent? utrum extraneo soli an etiam socio adcrescere? Et qui Julianum consuluit, ita consuluit, an ad utrum pertineat, quasi possit et ipsi socio adcrescere. Atquin quod quis amittet, secundum Pomponii sententiam ipsi non accedit.

Aus Anlaß der Frage, ob der Miteigenthümer eines letztwillig mit einem Nießbrauch bedachten Sclaven ein Anwachsungsrecht, beziehungsweise bei in Betracht kommender Concurrenz eines extraneus ein vorzugsweises jus accrescendi habe, wird hier der dies bejahenden Meinung des Julian (und, wie es scheint, auch des Neratius) gegenüber bemerkt, daß andere Juristen, so namentlich Marcellus, Mauricianus und auch Papinian, verschiedener Ansicht gewesen seien, und ferner, daß Pomponius nach Erwähnung der Ansicht Julian's und der Dissentienten als Gegengrund wider das Anwachsungsrecht des Miteigenthümers die Analogie der Unzulässigkeit des jus accrescendi für den hervorhebe, der eine Quote des Nießbrauchs durch in jure cessio an den Eigenthümer oder durch Nichtgebrauch verloren habe: qui fundi habens usumfructum partem ususfructus proprietario cessit vel non utendo amisit.

Wenn man die Stelle bis zu den eben angeführten Worten liest, so fragt man sich zunächst, ob denn wohl einzelne Juristen und namentlich Papinian dem einer Quote verlustig gegangenen usufructuarius conjunctus das Anwachsungsrecht überhaupt abgesprochen haben im Widerspruch mit dem sonst so prägnant hervorgehobenen Satz, wornach ususfructus non portioni, sed personae accrescit; einem Satz, über den doch Papinian, Ulpian und Paulus als über eine

Grundwahrheit in unserer Lehre einig gewesen sind.[2]) Im Verlauf der Stelle wird man jedoch hierüber genügend aufgeklärt. Nachdem nämlich der Verfasser des Fragments seine mit Julian im Resultat übereinstimmende Ansicht selbständig begründet hat, wird der hiedurch unterbrochene Gedankengang mit den Worten: urgetur tamen etc. wieder aufgenommen, und hiebei nun als wirkliche Ansicht des Sabinus aufgeführt, daß der seine Quote des Nießbrauchs durch in jure cessio aufgebende usufructuarius conjunctus im gleichen Augenblick einen Theil der von ihm aufgegebenen Quote verliere und einen andern Theil zurücknehme (eum, qui partem ususfructus in jure cessit, et amittere partem et ipso momento recipere), d. i. zur entsprechenden Rate an dem durch sein eigenes Wegfallen begründeten Anwachsungsrechte Theil nehme! Es entsprach nun gewiß nur dem Naturell des jüngeren Celsus, wenn dieser, wie wir aus dem Bericht unseres Fragmentisten ersehen, eine solche Meinung rundweg als Unsinn bezeichnete (vgl. die Schlußworte des §. 75). Darf uns aber einerseits diese Kritik darüber beruhigen, daß wir nicht etwa einem Sabinus durch falsche Auslegung seiner Worte eine Behauptung unterschoben haben, die auch manche unter unsern Juristen andernfalls leicht mit dem celsinischen Prädicat bedenken möchten, so sind wir andererseits jetzt recht eigentlich zu der Untersuchung gedrängt, wie Sabinus überhaupt einen solchen Gedanken haben mochte. Wir glauben, es tritt hier wieder einmal der auch sonst bekannte, an einen entsprechenden hohen Vorzug vermöge der Beschränktheit alles Irdischen geknüpfte Auswuchs Römischer Rechtsgelehrsamkeit hervor: jene zuweilen zu Tage tretende übergroße Subtilität, die, auf dem Gipfelpunkt angelangt, im Begriff steht, in ihr Gegentheil umzuschlagen. Ein Sabinus mochte demnach mit nicht abzuleugnendem Scharfsinn aus dem Satz: „ususfructus non portioni, sed personae accrescit“ ableiten, daß der so eben einer Nießbrauchsquote verlustig gegangene collegatarius con-

2) Vgl. namentlich L. 33 §. 1 Dig. de usufructu (VII, 1). L. 14 §. 1 Dig. de exc. rei jud. (XLIV. 2). L. 10 Dig. de usufr. accr. (VII, 4) und hiezu Vangerow, Lehrbuch der Pandecten Bd. 2. S. 537.

junctus als solcher, da eben diese seine Eigenschaft, d. i. sein persönliches Legatrecht, fortdauert, und da überdies, was wohl zu beachten ist, der Nießbrauch in jedem Augenblick in Bezug auf seinen Gegenstand neu bestellt wird, an dem, wenn gleich durch seine eigene Handlung oder Unterlassung begründeten, Anwachsungsrechte Theil nehmen soll. Diese Ansicht wurde jedoch, wie es scheint, von der überwiegenden Mehrzahl Römischer Juristen mit gesundem praktischem Sinn zurückgewiesen; ja manche gingen sogar so weit, das Anwachsungsrecht bei dem usus fructus an einen gemeinschaftlichen Sclaven zu leugnen: offenbar deßhalb, weil sie die zufolge des Nichtgebrauchs des einen Eigenthümers für diesen verlorene Quote nicht durch den gemeinschaftlichen Sclaven, dem ja so eben der eine der Herrn die betreffende Quote (pro parte dominica) verwirkt hatte, an den socius gelangen lassen wollten. Es ward hier also — nur in anderer Richtung — die Honorirung des Sclaven, als solchen, ebenso in Betracht gezogen, wie bei der gegentheiligen Ansicht Ulpian's, wie sie in L. 1 §§. 1. 2. Dig. de usufr. accr. und deutlicher in der oben ausgehobenen Stelle der Vaticanischen Fragmente entwickelt ist. Nicht minder erhält aber hieraus auch unsere L. 3, die demselben Buch des Ulpian'schen Werkes ad Sabinum entnommen ist, ihre nähere Beleuchtung. Es scheint nämlich darnach jedenfalls so viel sicher, daß in unserer L. 3. §. 2 cit. ein Fall vorauszusetzen ist, wo schon vor der capitis deminutio des Relegatars der Mitvermächtnißnehmer seinen Nießbrauch verloren hatte. Hiemit stehen auch die sprachlichen Wendungen unserer Stelle ganz im Einklang, und es erheischt dieselbe somit keineswegs, wie man neuestens gewollt hat, eine Emendation.

Die richtige Erklärung scheint demnach folgende: Titius und Mävius sind zusammen zum Legat des Nießbrauchs in solidum berufen: dem Titius ist überdies eine Quote des usus fructus relegirt. Wenn hier Titius wegfällt, so erwirbt Mävius vollends den ganzen Nießbrauch durch das Anwachsungsrecht, da er ja von Anfang an [3]) in solidum berufen

3) Wenn man neuerdings gesagt hat, daß das Anwachsungsrecht vielmehr ein jus non decrescendi genannt werden sollte, so scheint

war. Hiebei ist allerdings das vollständige Wegfallen des Titius vorausgesetzt, welches bei einem Relegat „quoties amissus erit“ nur zufolge seines Todes eintreten könnte. Gewiß wäre es aber unnatürlich, das „totum“ bloß auf den nicht relegirten Theil des ususfructus zu beziehen. Zum gleichen Ergebniß führt auch die Zusammenstellung mit dem Wegfallen des Mävius, welches nur als vollständiges zu denken ist. Ferner muß man, wie bereits bemerkt, voraussetzen, daß Mävius schon vor dem Eintritt des Relegatsfalls seine Nießbrauchsquote verloren hatte. Titius erwarb dann kraft seiner ursprünglichen Berufung auf's Ganze, die eben zur Zeit des Wegfallens des Mävius nach unsrer Voraussetzung noch vollständig wirksam war, das Ganze: jetzt tritt aber die capitis deminutio oder der sonstige Verlustgrund[4]) ein, und eben damit wird das Relegat wirksam. Die Frage ist nun, ob Titius zufolge des Relegats bloß die relegirte Quote oder nicht auch kraft Anwachsungsrechts die durch das Wegfallen des Mävius frei gewordene weitere Quote erhalte. Hierauf antwortet Ulpian: „non totum accrescere, sed partem ad eum, partem ad proprietatem redire,“ d. i. Titius erhält nun nicht (wieder) das Ganze kraft Anwachsungsrechts, vielmehr kehrt nur die relegirte Quote zu ihm zurück, der Rest aber zum Eigenthum, von dem ja der usus fructus abgezweigt war und zu dem er seiner Natur nach immer wieder zurückstrebt (sobald ein Verlustgrund stattfindet und kein Relegats-, Substitutions- oder Anwachsungsrecht begründet ist). Nicht zu leugnen ist, daß, wenn man die Stelle nur so oben-

dies mehr ein Wortstreit zu sein. Man mußte sich fragen, wem der Erblasser den ausfallenden Theil des Erbes oder Vermächtnisses muthmaßlich zugewandt wissen wollte, falls er keine Substitutionsverfügung getroffen hatte. Die Antwort war: Denen, die entweder nach dem Begriff der Repräsentation des Erblassers oder nach der sachlichen Verbindung, in die sie der Testator gesetzt hatte, als Gleichberechtigte und nur durch den (eventuellen) Zusammenstoß ihrer Rechte beschränkte gelten mußten. Factisch erschien dies als Anwachsung, juristisch war es nur die Folge der ursprünglichen Berufungsweise.

4) Mit Ausnahme natürlich des Tods und der Erwerbsunfähigkeit überhaupt.

hin liest, man zunächst auch bei Titius, wie zuvor bei Mävius, an eine Anwachsung zufolge des eben eingetretenen definitiven Wegfallens des Mitberechtigten denkt, [5]) nicht aber an ein hiemit zusammenfallendes oder, da dies ein casus rarissimus wäre, und überdies die sprachliche Feinheit des amisisset nicht zu verkennen ist, an ein ihr nachfolgendes des Anwachsungsberechtigten selbst. In der That aber ist das ja eben das punctum saliens der Stelle, worum sich auch die ausführlichere Erörterung in den Vaticanischen Fragmenten dreht: ob das Anwachsungsrecht sich auch auf Dasjenige erstreckte, was der Anwachsungsberechtigte so eben erst selbst verloren hat, ob sich aus seinem eigenen Verlust oder Wegfallen ein Anwachsungsrecht nicht bloß für seine Mitvermächtnißnehmer, sondern auch für ihn selbst begründen lasse: wie dies der dem feinern wissenschaftlichen Geist und nicht selten auch der Originalität eines Labeo in der Schule Capito's nachstrebende Massurius Sabinus in der That zu begründen versucht, und Andere, insbesondere, wie es scheint, Julian gebilligt hatten. — Titius hatte zufolge des frühern Verlusts des Mävius (amisisset) im Augenblick (momento) des Relegats den ganzen Nießbrauch gehabt: soll er nun nicht, da denn doch seine persönliche Befähigung fortdauert und sein Legatsrecht, wenn auch nur zu einer Quote, durch den Testator anerkannt ist, die vacant werdende Quote kraft Anwachsungsrechts erwerben, und zwar kraft Anwachsungsrechts von sich selbst? eine Frage, die man in der That um so eher aufwerfen konnte, als ja der Testator bei der relegatio

5) So faßt die Stelle auch auf Henricus a Suerin de usufructu accrescendo in Otto thesaurus juris Romani Tom. IV. p. 110: „E contrario autem si post receptam ex repetitione mediam partem Maevius decesserit vel capite minutus fuerit, Titium non totum usumfructum habiturum, sed eam duntaxat partem, quam testator in repetitione nominavit. Quem admodum enim juri non convenit usumfructum integrum semel amissum recipere ex eodem testamento, nisi repetitus fuerit: sic et pars usus fructus amissa non eleganter dicetur ex eodem testamento, nisi et repetita fuerit. So übereinstimmend hiernach das praktische Ergebniß, so scheint doch der eigentliche Nerv der Begründung übersehen.

einer pars, wenigstens dann, wenn diese eine Hälfte bedeutete, die Concurrenz des Mitberechtigten zur Zeit der ersten Wirksamkeit des Relegats vorausgesetzt haben mochte. Dieses Anwachsungsrecht von sich selbst verneint Ulpian: nur tritt dies freilich in der Darstellung unseres Paragraphen nicht so deutlich hervor, indem namentlich die zweimalige unmittelbare Wiederholung desselben Satzes für die Weglassung der im Original des Ulpian dazwischen gestandenen weitern Bemerkungen keineswegs entschädigen konnte. So entnehmen wir namentlich noch aus der oben citirten Stelle der Vaticanischen Fragmente, daß es hinsichtlich des dort umständlich erörterten Falls des legatum ususfructus an einen gemeinschaftlichen Sclaven und einen Dritten auch eine Mittelmeinung gab, welche die mehren Miteigenthümer und den extraneus als gleichmäßig re conjuncti behandelte, und hiernach dem Miteigenthümer bloß das vorzügliche Anwachsungsrecht (wie es bei re et verbis conjuncti stattfindet) absprach.

Wie sich nun unsere Auslegung zu den früher von Andern unternommenen, namentlich zu derjenigen Vangerow's [6]), verhält, kann hienach von selbst ermessen werden. Es mag dahingestellt bleiben, ob nach dem vor der cst. 23 de legatis bestandenen Rechte die repetitio ususfructus auf beispielsweise die Hälfte dem Collegatar effectiv diese Hälfte oder nur ein Drittel verschaffte — die Ansichten scheinen hierüber getheilt gewesen zu sein —: jedenfalls ist die Voraussetzung Vangerow's, daß Titius bei Wiedererlangung von einem Drittel zufolge des Relegats der Hälfte ein Sechstel durch Anwachsung an Mävius verloren habe, unrichtig: denn Titius hat bei seinem ersten Verlustfall nicht bloß ein Sechstheil, sondern den ganzen ihm in Gemeinschaft mit Mävius kraft ersten Legats zugestandenen Nießbrauch verloren, und ganz unabhängig hievon, d. i. auf einem neuen Rechtsgrund beruhend, war es, daß er zufolge des Relegats wieder eine Hälfte, beziehungsweise ein Drittel, zurückerwarb: ein innerer Grund dafür, warum Titius bei dem spätern Wegfallen des Mävius nicht kraft Anwach-

6) A. a. O. Bd. 2 S. 538 ff.

sungsrechts seine effective Nießbrauchsquote insoweit sollte erhöhen dürfen, als seine wörtliche Berufung kraft Relegats reicht, also beispielshalber auf die Hälfte, liegt nicht vor. Denn, wenn man auch bei der Einsetzung des Einen auf das Ganze, des Andern auf die Hälfte, insolange die Concurrenz beider dauert, letzterem bloß ein Drittel zuscheiden könnte, so ist er eben doch an sich und abgesehen von der Concurrenz seines insoweit re verbundenen Collegatars auf die Hälfte eingesetzt, und es muß ihm also bei dem Wegfallen des re conjunctus nach allgemeinen Grundsätzen gerade jenes Sechstel zuwachsen, das ihm Vangerow abspricht. Der Satz aber, daß das einmal Verlorene und dem Collegatar Angewachsene von diesem vermöge Anwachsungsrechts nicht zurückerworben werden könne, ist eine lediglich durch die oben angeführten, nach unserer Erörterung aber anders auszulegenden Stellen, zu begründen versuchte petitio principii. Ganz unbegreiflich scheint es weiter, wenn Vangerow umgekehrt die nicht relegirte Hälfte dem Titius kraft dessen ursprünglichen Legats anwachsen lassen will. Dieses ursprüngliche Legat hat ja für Titius durch den ersten Verlustfall seine ganze Wirksamkeit verloren, da offenbar, wenn man den §. 1 zu unserer Stelle in Vergleichung zieht, an einen Verlust des ususfructus durch capitis deminutio gedacht ist, ein solcher Verlust aber nicht bloß das Recht auf die zufällig besessene Quote, sondern ebenso auch auf die etwaige zukünftige Anwachsungsquote, mit Einem Worte das ganze Nießbrauchsrecht aus dem ersten Vermächtniß zerstört hat.

Neuestens hat Baron[7]) mit Verwerfung der Vangerow'schen Ansicht im Wesentlichen der Suerin'schen Erklärung beigepflichtet, und nur im Hinweis auf den Schlußsatz unserer Stelle vorzüglich betonen zu sollen geglaubt, daß Papinian hier nicht sowohl, wie die bisherigen Ausleger vorausgesetzt haben, „erörtere, welche Folgen der Wegfall des Titius und Mävius nach eingetretenem Relegatsfall äußere", als vielmehr „die Rechtsverhältnisse bei (nicht nach) eingetretenem Relegatsfall behandle". Nur freilich, meint Baron, ergebe sich

7) Die Gesammtrechtsverhältnisse im Römischen Recht S. 183 ff.

unter dieser Voraussetzung die Nothwendigkeit einer, wenn auch leichten, Conjectur, indem man nämlich mit Umkehrung der Eigennamen so zu lesen hätte:

> et ait: si quidem Maevius amiserit, totum socio accrescere; quodsi Titius amisisset, non totum accrescere, sed partem ad eum, partem ad proprietatem redire."

Allein in Wahrheit ist eine solche Correctur des vorliegenden Textes nicht nur nicht nothwendig, sondern auch geradezu bedenklich. Einmal nämlich ist ein derartiges Versehen eines alten Abschreibers, das dann in sämmtliche uns vorliegende codices übergegangen wäre, nicht gerade wahrscheinlich, um so weniger, wenn diese Leute, wie es allerdings ihr Geschäft mit sich brachte, die Siglen mechanisch nachschrieben, sodann aber müssen wir bei unserer Erklärung alles Gewicht darauf legen, daß die Worte so stehen bleiben, wie sie der Text enthält. Zwar sagt Baron: „Bei dem Text, wie er vorliegt, bleibt unerklärt:

1) wie es heißen kann: si quidem Titius amiserit, totum socio accrescere: denn wenn Titius verliert, so erwirbt er ja zufolge Relegats die Hälfte: dem Socius kann nichts accresciren.
2) wie es heißen kann: quodsi Maevius amisisset, non totum accrescere, sed partem ad eum, partem ad proprietatem redire. Wer ist der unter ad eum Gemeinte? Dem Sinne nach: Titius; sprachlich aber kann es nur Mävius sein, da von Titius im Satze überhaupt nicht die Rede ist. Auch kann man von Dem, was Titius nie gehabt hat (und der Art ist der Theil des wegfallenden Mävius) nicht die Ausdrucksweise redire gebrauchen; diese setzt voraus, daß der Erwerber das Zurückkehrende bereits früher gehabt hat."

Allein zu 1. scheint eben unrichtig, bei dem Verlustfall des Titius nicht, wie bei demjenigen des Mävius, an vollständigen, definitiven, also bei Titius an den zweiten, sondern an den ersten, das Relegat in Wirksamkeit setzenden, zu denken. Nur bei dem zweiten Verlustfall konnte ja von

einem totum accrescere, ja, wenn man die Ansicht Baron's über die mit cst. 23 de legatis harmonische Voraussetzung der Stelle zu Grund legt und überdies im Zweifel die pars als gleichtheilige nimmt, überhaupt von einem Anwachsungsrechte die Rede sein. Wenn aber Baron sich diesen Einwurf selbst macht, so gewährt doch in der That unsere Erklärung eine so natürliche Aushilfe, daß eine immerhin bedenkliche Conjectur überall nicht geboten erscheint: denn daß bei Mävius, in dessen Person das ursprüngliche Legat fortwährend wirksam ist, das Anwachsungsrecht trotz dem zufolge des Relegats eingetretenen Aufschub fortwährend (kraft der re conjunctio in solidum des den Mävius berufenden Vermächtnisses) vollkommen begründet sei, bedarf gewiß keiner weitern Ausführung.

Was sodann die Einwürfe ad 2 betrifft, so ist vor Allem zu bemerken, daß in der Vulgata steht: non totum Titio accrescere, sed partem ad eum wodurch sich jeder Anstand ebenso beseitigt, als wenn statt „ad eum" gestanden hätte „ad Titium" — eine Emendation, die doch wohl minder gewagt wäre, als die von Baron vorgeschlagene. Sodann aber haben wir ja in unserer Stelle vorauszusetzen, daß Mävius schon vor dem Eintritt des Relegatsfalls seinen Nießbrauch durch capitis deminutio verloren hatte (amisisset), daß somit Titius kraft des ursprünglichen Legats Alleinnießbraucher geworden war: es ist also nichts natürlicher, als daß bei Beantwortung der Frage, wie die Sache zufolge des später wirksam werdenden Relegats zu behandeln sei, der für die beiden von ihm abhängigen Substantiven dem Sinn nach vollkommen passende Ausdruck redire (ad eum, ad proprietatem) gebraucht ward. Es entspricht dies nur jener concisen, die Sätze nicht auseinanderschlagenden, sondern öfter mit einer gewissen Virtuosität verbindenden Syntax, die wir an der classischen Sprache des Römischen Volkes und nicht minder auch an der sich ihr vielfach nähernden unserer juristischen Classiker kennen. —

Umgekehrt erheben sich nun aber gegen den von Baron aufgestellten Text:

et ait, si quidem Maevius amiserit, totum socio ac-

crescere; quodsi Titius amisisset, non totum accrescere; sed partem ad eum, partem ad proprietatem redire.“ nicht unerhebliche Einwände. Baron übersetzt so: „Fällt Mävius weg, so tritt für Titius die gewöhnliche Accrescenz ein; fällt nun hierauf Titius hinweg, so tritt der Fall des Relegats ein, d. h. Titius bekommt die relegirte Hälfte, und das Uebrige kehrt zum Proprietar zurück! Allein sollte dann nicht außer der Umstellung der Eigennamen eine solche des „amiserit“ und „amisisset“ geboten sein? Besser also, wir lassen Beides an seinem Platz und vermeiden so jede Veränderung des Texts.

Da bei Erklärung unserer Stelle verkannt worden zu sein scheint, daß die capitis deminutio[8]) nicht bloß das Recht auf die zur Zeit ihres Eintritts im Nießbrauch des Verlierenden stehende Quote, sondern das ganze Legatsrecht und somit einen spätern Erwerb zufolge Anwachsungsrechts — abgesehen von einem neuen Rechtsgrund — zerstöre, so soll hierauf noch etwas näher eingegangen werden.

Ganz entscheidend gegen einen bloß theilweisen Verlust des Nießbrauchs durch capitis deminutio scheint folgende Stelle zu sprechen:

Dig. VII, 2 de usufructu accrescendo. L. 6 §. 2.

aus demselben Buch Ulpians wie unsere Hauptstelle

„Si mihi ususfructus fundi pure, tibi sub conditione legatus sit, potest dici, totius fundi usumfructum ad me pertinere interim, et si capite minutus fuero, totum amittere, sed si exstiterit conditio, totum usumfructum ad te pertinere, si forte capite deminutus sum; ceterum quum in meo statu maneo, communicandum usumfructum.“

Es ist dem Einen pure, dem andern sub conditione ein Nießbrauch vermacht. Es liegt somit eine re conjunctio vor, woran die provisorische Zutheilung des ganzen Nießbrauchs an den unbedingt Berechtigten selbstverständlich nichts ändert. Wäre aber der capite minutus noch befähigt,

8) Uebrigens galt dies im Justinianischen Recht bezüglich der capitis deminutio minima bekanntlich nicht mehr cst. 16 §. 2 Cod. de usufructu (III, 33). §. 3 Inst. de usufructu (II, 4).

eine Accrescenzquote zu erwerben, dann könnte vor Eintritt der Bedingung keineswegs so entschieden von ihm gesagt werden, daß er zufolge der capitis deminutio den ganzen Nießbrauch verliere (totum amittere), vielmehr müßte er bei späterer Deficienz der Bedingung im Nießbrauch der einen Hälfte belassen werden. Auf's Deutlichste ergibt also diese Stelle zumal in Vergleichung mit L. 26 §. 1 und L. 30 de conditionibus (35, 1),[9] daß die capitis deminutio die Fähigkeit, auf Grund des ursprünglichen Legats noch im Weg des Anwachsungsrechts zu erwerben, ausschließt. Der Satz: „usus-fructus personae accrescit" findet also seine Anwendung nur bei relativen Verlustgründen, wie namentlich Nichtgebrauch, in welchem Sinn auch L. 10 de usufr. acc. (VII, 2) mit Recht fast durchaus gedeutet wird.[10] —

Ganz zum gleichen Ergebniß führt es aber auch, wenn wir das Wesen der capitis deminutio in Betracht ziehen. Zuvörderst wird diese in vielen Stellen mit dem unzweifelhaft das Recht des Nießbrauchs absolut aufhebenden Tode zusammengestellt, eine Zusammenstellung freilich, die uns keineswegs die Augen darüber schließen lassen darf, daß der physische Tod der natürlichen Person (dem die völlige Aufhebung einer juristischen Persönlichkeit gleichzustellen ist) immerhin noch tödtlicher wirke, als die bloße capitis deminutio! denn während letztere bloß dem concreten Nießbrauchslegat jede fernere Wirkung in der Person des capite minutus raubt, hebt der Tod überhaupt die Erwerbsfähigkeit zu jedem weitern solchen

---

9) L. 26 §. 1 Dig. de cond. (35, 1). Julianus libro 82 Digestorum „Quum eadem res alteri pure, alteri sub conditione legatur, aut quum alter pure, alter sub conditione heres scriptus est, pars legati vel hereditatis deficiente conditione accrescit etiam heredi ejus, cui pure legatum vel hereditas data est, si tamen hereditas ejus adita fuerit." — L. 30 eodem (Julianus libro I ex Miniclo). „Si separatim mihi totus fundus pure, tibi sub conditione legatus fuerit, et tu decesseris, antequam conditio existiterit, non habebo necessitatem implere conditionem, utpote quum, etiam si conditio defecerit, pars, quam vindicaturus eras, mihi accrescat." —

10) Vgl. Vangerow a. a. O. S. 537.

Legat für immer auf. Deshalb auch der Unterschied zwischen beiden Aufhebungsarten bei einem legatum alternis annis oder per singulos annos, wo es sich um den Eintritt neuer Rechtsgründe, keineswegs aber um ein Fortwirken des alten Rechtsgrunds handelt.

Zwar könnte zu einigem Zweifel Anlaß geben der Wortlaut der oben gleich zu Anfang dieser Erörterung abgedruckten L. 3 §. 1 D. quib. mod. ususfr. verb. an et jus accrescendi secum salvum habeat: man könnte darnach schließen wollen, daß ein Anwachsungsrecht für den capite minutus abgesehen von dem Relegat bestände, und daß hier nur die Frage aufgeworfen würde, inwiefern die ausdrückliche Anordnung des Relegats hierauf etwa (zufolge des in Frage kommenden Fortdauerns oder Aufhörens der re conjunctio) modifizirend wirkte. Allein nothwendig ist eine solche Interpretation keineswegs. Die Frage war eben, ob das Relegat an Titius, welches ja die Rechte des Mävius aus dem ursprünglichen Legat nicht berühren wollte und konnte, die zwischen Titius und Mävius bestandene re conjunctio im Zweifel aufheben wolle, oder ob dieselbe vielmehr nach wie vor aufrecht erhalten bleiben soll. Letzteres wird bejaht, indem der Relegatar einem gleichfalls re verbundenen Substituten des Mitvermächtnißnehmers verglichen wird. Entschieden für unsere Ansicht spricht ferner

L. 14. Dig. eodem (VII, 4). Pomponius libro V. ad Sabinum.

„Excepta capitis minutione vel morte reliquae causae vel pro parte interitum ususfructus recipiunt."

Da nämlich bei Tod und capitis deminutio kein Verlust zu einer Quote stattfinden kann, so darf auch nach der capitis deminutio nicht noch von einem Erwerb zufolge Anwachsungsrechts aus dem alten Rechtsgrund die Rede sein.

Weiter läßt sich gewiß mit Grund Folgendes sagen:

Wenn eine wesentliche Veränderung des mittelbaren Gegenstands des Nießbrauchs denselben bekanntlich absolut aufhebt, so entspricht es gewiß einer harmonischen Anschauung des Römischen Rechtes, daß nicht minder eine so wesentliche Veränderung des

berechtigten Subjekts und seiner Rechtsfähigkeit, wie sie die capitis deminutio nach Anschauung der Römer stets mit sich brachte, das Legat des Nießbrauchs in seinen fernern Wirkungen für den minutus absolut und nicht bloß in Bezug auf die gerade genossene Quote, aufheben mußte.

Ausdrücklich anerkannt finde ich diese absolute Wirkung der capitis deminutio bei Schneider, der sich gewiß mit Recht dahin ausspricht:[11])

„Die capitis deminutio trifft die Person als Subjekt und leidet, da sie eben juristisch die Persönlichkeit verändert, nicht, daß diejenigen Rechte, die an solche Persönlichkeit sich bereits wirklich anknüpften, noch in der frühern Integrität fortbestehn. Aber darin muß sie nothwendig noch weiter gehn, als die Präscription, daß sie für den Deminuirten selbst die künftige Anwachsung conjungirter Portionen sofort für immer zerstört. Da sie nämlich nicht nur nach einer Seite hin, nicht nur in dem einen oder andern bestimmten Verhältniß die Persönlichkeit berührt, sondern diese in der ganzen Totalität ihrer vermögensrechtlichen Beziehungen zu Andern ergreift, so erscheint der Deminuirte auch gar nicht mehr als diejenige Person, die durch die einmalige Wirksamkeit des Legats als die honorirte festgestellt worden war, und kann daher auch nimmer (d. i. nicht mehr) wieder aus diesem Legat überhaupt noch Rechte für sich in seinem jetzigen neuen Rechtszustand ableiten." Und weiterhin:[12]) „Den defizirenden Theil des conjunctus gewinnt er (der Legatar) in Folge seiner Honorirung: mithin kann nur Das, was diese Honorirung selbst zerstört, as den Berufenen überhaupt unfähig macht, Honorirter zu sein, die Anwachsung vernichten. Ist dagegen der Concurrenztheil verloren in Folge anderer Gründe, die nur das Objekt als solches treffen, z. B. durch Verjährung (Nichtgebrauch), so darf das der Wirksamkeit des Legats, den frei werdenden Theil eines andern Conjunctus als Accrescenztheil zu ergreifen, nimmer hinderlich sein."

11) Das altcivile und Justinianeische Anwachsungsrecht bei Legaten. S. 291.

12) A. a. O. S. 294.

Freilich theilt nun doch andererseits dieser Schriftsteller den in unserer Lehre hergebrachten Irrthum, indem er sich unter Berufung auf unsere Hauptstelle und den §. 76 der Vatikanischen Fragmente dahin äußert:[13])

„Verliert ein Conjunctus nach dem dies cedens seine Portion, so wächst solche dem Collegatar an, und verliert dann dieser Letztere gleichfalls den ususfructus, so kann für den Erstern wohl das Anwachsungsrecht noch bestehn, aber es besteht für ihn stets nur soweit, daß dadurch der frühere Concurrenztheil des Collegatars ihm erworben wird; nicht aber kann der Theil, der dem Collegatar von dem eben jetzt zum Anwachsungsrecht Kommenden zufiel, dadurch mit ergriffen werden. Eben so einfach, wie der Sinn, ist aber auch die juristische Begründung der Sache. Was dem Legatar anwachsen soll, kann er nur in Folge dessen erhalten, daß sein Legat, welches ihm das Ganze zuweist, durch die Concurrenz des andern Legatars beschränkt worden ist. Nicht aber jene Concurrenz war es, die ihm vorher seine eigene Quote entzog, sondern ein andrer eigener und besonderer Rechtsgrund führte den Verlust dieses Theiles herbei. Das Aufhören der Concurrenz kann ebenso denn auch diese Quote nicht wieder geben, sondern es vermag nur die Wirksamkeit dem Legat zu sichern, die sie bisher hemmte, und sie hemmte nichts weiter, als daß der Legatar bis dahin nicht die Quote seines Collegatars ansprechen konnte, welche das Anwachsungsrecht ihm jetzt dann auch allein zu ertheilen vermag, während der frühere eigene Concurrenztheil nun in der Proprietät aufgeht." Wenn, wie ich gezeigt zu haben glaube, die für diese Theorie aufgeführten Stellen in anderm Sinn zu erklären sind, so fragt sich, ob etwa die allgemeinen Rechtsgrundsätze, welche dafür angeführt werden, geeignet sind, dieselbe wirklich nach allen Seiten zu begründen? Auch dieses muß aber richtiger verneint werden. Allerdings ist der juristische Kern des Anwachsungsrechts in der Berufung jedes einzelnen Mitberechtigten in solidum zu finden. Das Wegfallen eines Mitberechtigten hebt die bisherige Beschränkung.

13) A. a. O. S. 296.

Wo also, um den einfachsten Fall hervorzuheben, bisher zwei Berechtigte nothgedrungen, obwohl jeder an sich auf's Ganze berufen war, je nur auf die Hälfte sich beschränkt sahen, da tritt jetzt der Eine allein auf den Plan. Die schlechthinige Thatsache des Wegfallens seines Mitberechtigten eröffnet ihm die Anwachsung des andern Theils. Auf die frühern Schicksale dieses Theils kommt hiebei nichts an, falls nur jetzt die Anwachsung begründet ist. In der Regel freilich wird eine früher ausgeschlagene Portion nicht wieder neuerdings von dem Ausschlagenden erworben werden können, weil regelmäßig der Ausschlagung des einen Theils der Erwerb des andern folgen wird, und eine erworbene Portion keinen Gegenstand des Anwachsungsrechts mehr bildet, weil ferner die einmal erfolgte Ausschlagung — abgesehen von einer dagegen erlangten Restitution — ihre Wirkung in Bezug auf sämmtliche Concurrenten äußert, so daß bei dem spätern Wegfall des einen oder andern derselben nicht wieder von einer Anwachsung an den ersten Ausschlagenden die Rede sein kann. Dieser hat sich definitiv aus der Reihe der Concurrenten gestrichen, und es bedürfte eines neuen Rechtsgrunds, einer neuen Delation, um ihn neuerdings wieder Antheil nehmen zu lassen. Zu einer solchen Delation aber wird es regelmäßig nicht kommen, weil entweder einer oder mehrere Mitberufene die Erbschaft, das Legat, erwerben, die Erbschaft an eine ganz andere Serie Berufener kommt, das Vermächtniß hinfällig wird u. s. f. Wo aber eine solche neue Delation eintritt, da ist es durch nichts gerechtfertigt, den Umfang des zufolge des neuen Rechtsgrunds zu erwerbenden Rechts, wegen eines früheren, hievon ganz unabhängigen Vorgangs zu begränzen! Oder wer möchte behaupten, daß eine von einem Testamentserben geschehene Ausschlagung des ihm angefallenen Theils einer Erbschaft seinem späteren Erwerb dieser ganzen Erbschaft ab intestato, falls sie nach Intestatgrundsätzen begründet wäre, entgegenstände? welcher Jurist möchte hier aus allgemeinen Rechtsgründen die Vertheidigung des Satzes unternehmen, daß der nunmehrige Intestaterbe hier des früher ex testamento ausgeschlagenen Theils der Testamentserbschaft etwa als indignus verlustig gehn

müsse?[14]) Solches läge aber gewiß nur in der Consequenz des bezüglich des Anwachsungsrechts bei dem Nießbrauch von unseren Juristen angenommenen und von Schneider näher zu begründen versuchten angeblichen Rechtssatzes. Denn — und dies ist wohl zu beachten — gerade der Nießbrauch hat ja das Eigenthümliche, daß er, wie die Römischen Juristen sagen, quotidie constituitur,[15]) d. h. fortwährend in Absicht auf seinen Gegenstand als neu begründetes Recht gilt, daher auch ein von einem Concurrenten bereits erworbenes Recht dieser Art nichtsdestoweniger bei dessen Wegfall noch den andern Berechtigten anwächst, d. h. in Folge hier eintretender neuer Delation zu neuem Erwerb anfällt. — Sollte nun hier in der That der Umfang des zufolge der neuen Delation mit civilistischer Nothwendigkeit begründeten Rechts dadurch eine Begrenzung erhalten, daß der Berechtigte bei einer frühern Delation, vielleicht aus humaner Rücksicht auf einen Mitberechtigten, von der ihm zugestandenen Befugniß der Ausschlagung Gebrauch gemacht hatte, sollte er dafür, so zu sagen, Strafe leiden? Nimmermehr kann ich mich hievon überzeugen; die neue Delation muß vielmehr die volle, ihr inhärirende Rechtswirkung äußern, und eine Beschränkung so exorbitanter Art müßte gewiß klarer, als dies vorliegt, in den Gesetzen statuirt worden sein. —

Freilich ist dies nicht der einzige Fall, wo ein solcher Satz in der Rechtstheorie unserer Civilisten auftritt: vielmehr begegnen wir etwas Aehnlichem in der Lehre von der Pupillarsubstitution, wo es bis heute herrschende Ansicht ist, daß wenigstens ein extraneus heres nichts als Institut die väterliche Erbschaft ausschlagen und sofort ex substitutione antreten könne. Wir werden hierüber in gesonderter Erörterung handeln und bemerken hier nur noch zum Schluß, daß durch die Art der Beantwortung der eben erwähnten Controverse aller-

14) Etwas ganz Anderes ist natürlich das edictum si quis omissa causa testamenti, das sich bekanntlich auf die Erhaltung von Vermächtnissen bei einem solchen Wechsel des Delationsgrunds bezieht, übrigens seine ganz prägnanten Voraussetzungen hat.

15) L. 1 §. 3 D. h. t. (VII, 2). Vat. fragm. §. 77.

bings auch eine Analogie für unsere Streitfrage gegeben sein möchte.

XIX.

Ueber freie Advocatur.

Von Herrn Hinrichs,
Kreisgerichtsrath in Halle.

Es scheint an der Zeit, wieder einmal auf eine viel erörterte, auch in diesen Blättern (vgl. Bd. 31. S. 474ff., Bd. 44. S. 391ff.) mehrfach beleuchtete Frage zurückzukommen. Die „freie Advocatur" ist, seitdem einer der früheren Referenten den Ausdruck im Jahre 1848 als einen neu aufgekommenen bezeichnen konnte, ein populäres Stichwort geworden, das immer und immer wieder aufgegriffen worden ist.

Im Anschlusse an die durch eingehende Gutachten vorbereiteten Beschlüsse des vierten deutschen Juristentags sind seit den früheren Besprechungen Stimmen aus fast allen deutschen Ländern über die dermaligen Zustände des Advocatenstandes laut geworden, aus der neuesten Zeit liegen dem juristischen Publicum die folgenden Schriften vor:

Freie Advocatur. Die erste Forderung aller Justizreform in Preußen von Dr. Rudolf Gneist. Berlin 1867.

Ueber Dr. Rudolf Gneist's Freie Advocatur von A. F. Haack, Rechtsanwalt, Mitglied des Hauses der Abgeordneten. Berlin 1868.

Die freie Advocatur und ihre legislative Organisation. Eine Abhandlung zur Reform der deutschen und österreichischen Gesetzgebung von Dr. Heinrich Jaques. Wien 1868.

An diese Schriften anknüpfend, beabsichtigen wir, in mög-